DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA.
De
ACTIONE FAMILIÆ ERCISCUNDÆ,

Quam
ANNUENTE
Sacroſanctâ & individuâ Trinitate,
DECERNENTE
MAGNIFICO JURISCONSULTORUM,
In
ACADEMIA HASSO-SCHAUMBURGICA ORDINE,
PATROCINANTE
VIRO NOBILISSIMO CONSULTISSIMOQUE
DN. HENRICO BODINO,
JURIS CONSULTO ET DECRETALIUM PROFESSORE ORDINARIO,
DNO. COGNATO SUO SUMME SUSPICIENDO,
PRO LICENTIA,
Summos in utroque JURE HONORES ac PRIVILEGIA DOCTORALIA ritè conſequendi,
Publico & ſolenni disquiſitioni exhibet

GUINAND BRUNING,
Advoc. Mind.

Rintbelii ad diem 4. Jul. 1692. horis ante-& pomeridianis,
IN AUDITORIO JCTORUM.

Recuſa HALÆ MAGDEBURG. Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typ. 1702.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

PROOEMIUM.

ADvocato ſive cauſarum Patrono præprimis curæ ſit, noſcere genera actionum, eaquè probè diſcernere, tandem occurrente facto aptiſſimam fructuoſiſſimamque eligere, ſine quorum notitiâ infelix omnis conatus, infelicior ſucceſſus in feliciſſimusqne exitus. Sed habeant hoc Clientes improvidi, ſimul & tenaces, quod dum honeſta remuneratione parcere intendunt, peritiorem Advocatum non elegerint, utpote quibus lex cauſato damno non ſuccurrit, quamvis IUDEX, re adhuc integrâ, ex officiò rectè injungat, ut partes legalibus & peritis Advocatis utantur, ne miſeri Clientes, ſpe optimi patrocinii, ineptis, ſupervacuis & intricatis ſcriptionibus lædantur; Verum cum nimis ampla ſit hæc materia de inveſtigando genere actionum & inſtruendo deſuper Advocatum, cum illa ex profeſſo præprimis ab OLDENDORPIO Cylmano, Rutgero Rulando aliisque ſit tractata, huic operi meritò ſuperſedeo & ſaltem in præſentiarum de actione familiæ erciſcundæ, & quæ illa ſingultria habeat, dicturus ſum.

THESIS I.

Hic verò nec otii, nec conſilii mihi eſt, circa voces multum hærere, ſed ſaltem indicâſſe ſufficere exiſtimo: Quod familiæ erciſcundæ actio nihil aliud ſit quam actio hereditatis dividendæ, quippe, in aprico eſt familiæ nomen denotare he- *Etymologia.*

reditatem & creiſcere verbum, dividere, *Udalr. Zaſ. in §. Quædam J. de act. n. 6. Weſenbec. in parat. ad Tit. ff fam. erc. n. 2.* Et quamvis *Cujacius in parat. hic*, in hoc judicium propriè hereditatem, ſeu jus ſucceſſionis venire, non abſurde neget, & proinde per familiæ nomen hic hereditatem ſignificari non poſſe autumet, tamen cum hereditas non ſemper ſignificet jus ſucceſſionis, ſed ſæpius etiam res ipſas & corpora hereditaria, non video, cauſam hic a communi diſſcedere & diverſum quid ſtatuere; nam & ipſe Cujacius circa hanc denominationem ſibi contrarius videtur, dum erciſcundi verbum ab er, & ciëo derivat, & quod er, vel erctum denotet hereditatem, ciëo, aut citum vero diviſionem, licet mihi circa derivationem verbi erciſcere Zaſii opinio arrideat, qui erciſcere idem putat ac invicem arcere, quod alterutrâ vel utraque pars ab alterâ arceatur, unde & rectiſſimè absque h. ſcribitur.

TH. II.

Definitio. Viſâ derivatione vel denominatione, Definitionem *Dn. Struvii in Synt. jur. civ. Ex. XV, th. 2.* retineo. Quod ſit actio, quâ Coheredes, quibus hereditas eſt communis inter ſe agunt de rebus hereditariis dividendis, commodis communicandis, damnis dolo culpaque datis reſarciendis; ac impenſis reſtituendis.

TH. III.

Univerſalis. Eſt autem hæc actio (1.) univerſalis, complectens univerſæ hereditatis judicium, ita, ut ſemel tantum hâc actione coheredes uti poſſint, relictâ iisdem actione communi dividundo, ſi res particularis poſtea adhuc dividenda reſtet vel obveniat. *l. 1. Comm. divid.* (2.) Mixta *tam in rem* ſcil. quatenus res jure hereditario petitur & vindicatur; quam *in perſonam* quatenus in obligatione quaſi ex contractu communionis, & geſtæ adminiſtrationis, ſe fundat, & inde varias præſtationes perſonales, pro diviſione, fructuum damnorum & expenſarum continet. *§. 4. d. obl. q. ex quaſi*

Digitized by Google

quaſi contr. l. 22. §. 4. l. 25. §. 15. & ſeqq. ff. famil. erciſc. neque exiſtimo cum *Ant. Fabro Hænonio & aliis* a communi opinione hic recedendum, mixtas actiones prorſus negando & hanc actionem inter merè perſonales referendo. vid. *Vin. Com. ad Inſt. tit. d. act. §. 20. num. 4. Bachovius part. 1. Diſp. 19. Lit. D. p. 716. & in tract. de act. Diſp. 2. th. 7.* de cœtero ex dictis apparet quod hoc judicium hic alio ſenſu dicatur mixtum quam *l. 37. §. 1. ff. d. obl. & A.* quæ ultima denominatio idem exprimit, quam quod hoc judicium inter duplicia referatur *l. 2. §. 1. Comm. dev.* eò quod uterque litigatorum perſonam vel actoris vel rei ſuſtinere poſſit. *l. 13. d. jud. l. 10. fin. reg. l. 1. §. 3. & l. 44. fam. erciſc.* Et (3.) bonæ fidei, quia ipſa diviſio rerum, computatio commodorum, item detractio damnorum, liquidatio expenſarum & adjudicatio earundem, ſunt actus à liberà poteſtate judicis ex æquo & bono mutuas præſtationes æſtimantis, dependentes. *Struv. Ex. XLVI. th. 71.* Idcircò & hæc actio iis rectisſimè annumerata *in §. Inſt. 28. de act. l. 9. C. fam. erc.* *Bona fidei.*

Th. IV.

Definitionem ſic aliquo modo delineatam excipit hujus actionis diviſio, dividitur autem in directam & utilem, illa ſolis & veris heredibus competit *l. 2. pr. & §. 2. ff. fam. erc.* Utilis verò (1.) Bonorum poſſeſſoribus. (2.) Fidei commiſſariis, & iis, quibus reſtituta eſt hereditas ex Trebelliano SCto. (3.) Arrogatis quartam habentibus ex Conſt. Divi Pii, *l. 2. §. 1. l. 24. l. 40. & l. 49. ff. fam. erc. l. 50. ff. d. her. inſt. pr. Inſt. d. bon. poſſ. Treut. Diſp. 19. th. 9. in not. Hahn. ad Weſenb. ff. fam. erc. num. 4. Struv. Ex. XV. th. 4.* cui *all. l. 2. §. 1.* ratione Bonorum poſſeſſorum (quod ſcil. illi rectisſimè hâc utili & non directâ actione fam. erciſc. experiantur) non obſtare, in diſcuſſione apparebit, & (4.) ſi de eo agatur, quod heres, antequam adiret hereditatem, vel heredem ſe eſſe ſciret, nomine heredum vel quaſi heres geſſerit. *Rul. de Comm. & comm. part. 3. lib. 6. cap. 6. n. 4. vid l. 16. §. 4 junct. l. 49. ff. h. t.* *Diviſio.*

Digitized by Google

TH. V.

Differentia. Cognitis his, videndum, in quibus hæc actio familiæ erciſcundæ differat ab aliis affinibus remediis ſive actionibus, puta: Actione communi dividundo, petitione hereditatis; vel ſi pars hereditatis petatur, actione negociorum geſtorum, Mandati, præſcriptis verbis & expilatæ hereditatis; Facillimè enim niſi quis exactiſſimè naturam actionis fam. erc. item jam mentionatarum actionum noverit, unam præ alia eligere & imprudenter cumulare poſſet. Ordine brevibus me expediam: *Ab actione communi dividundo.* Ab actione communi dividundo differt, quod hæc familiæ eriſcundæ actio, ſit actio univerſalis, totum jus hereditarium complectens & tantum ſemel & non ſœpius intendatur, hæc verò ad res ſingulas etiam ex quàcunque cauſâ cum altero communes habentes inſtituatur. *Carpz. part. 3. conſt. 15. def. 22. n. 5.* Hinc *cum Dno Coppen. part. 1. deciſ. 6. n. 10.* ſic ſimplicirer aſſerere non poſſum, & hanc actionem fam. erc. dari ad collationem dotis, æquè ac pro dividendâ hereditate. Quia dos eſt res particularis & titulo particulari quæſita unde ſi filia dote contentâ eſſe, nec pro herede ſe gerere velit, nihil Actor, quamcunque etiam inſtituerit actionem, obrinebit; dummodo dos tempore quo conſtituta eſt, inofficioſa non fuerit. *tot. tit. C. de inoffic. dot.*

Petitione hereditatis. Petitio hereditatis autem tam generalis, quam ſi pars hereditatis petatur, diſcrepat ab actione familiæ erciſcundæ in eo, quod per illam vindicem vel totam hereditatem vel partem à NON HEREDE, per hanc vero partem ſolummodò competentem à COHEREDE. *l. 10. ff. de pet. hered.* niſi res ſit talis, quæ ob ſuam naturam in hoc judicium fam. erc. deduci non poſſit, veluti debitumhereditarium, quod Reus defuncto debuit, h. n. ad effectum collationis & diuiſionis, hereditatis petitione & non actione familiæ erciſcundæ in judicium deducitur. *l. 51. §. 1. ff. fam. erc.* Tum & diſcernuntur hæ actiones in his: Quod petitio hereditatis tantum detur contra illum qui poſſidet aut qui pro poſſeſſore haberur *l. 10. ff. de*

petit.

petit. hered. Actio fam. erc. autem datur contra coheredem etiam pro rebus ab alio poſſesſis *l. 22. in pr. ff. fam. erc.* Porro ſciendum actionem fam. erc. hoc ſpeciale habere, ut nunquam detur ad eas præſtationes perſonales, quæ non animo heredis geſta ſunt; Quia ut locus ſit huic judicio, non tantum heredem eſſe oportet, verum & ex eâ causâ agere vel conveniri, quam geſſit, quodque admiſit. *l. 49. ff. fam. erc.* Inſuper & hoc: Quod licet quis animo heredis quid geſſerit, tamen neceſſe eſt ut negotium fuerit tale, quod pro parte expediri vel ſuam partem adminiſtrare non potuerit arg. *l. 25. §. 15. ff. fam. erc.* Hinc in propatulo eſt, hanc actionem fam. erc. non dari ad rationem reddendam de iis, quæ geſſit ante aditam hereditatem, & licet adierit, tamen negotium pro parte expediri potuerit, ſimul ac ad reſtituendum id, quod deſuper impenſum, ſed propterea in his caſibus actionem negotiorum geſtorum competere. *l. 49. ff. fam. erc. l. 6. §. 2. ff. comm. div. l. 40. ff. de negot. geſt.* Unde, & has actiones inter ſe differre conſtat. Similiter ſi unus heredum mandato cæterorum quid in re hereditariâ geſſerit, eæ præſtationes ob interpoſitum mandatum non actione fam. erc. ſed mandati in judicium deducuntur. *l. 20. C. fam. erc.* Tum actione præſcriptis verbis vel agimus ſi conventum, ut unus heredum creditoribus hereditariis in ſolidum ſatisfaceret, & is placitis fidem non præſtat. *l. 23. ff. fam. erc.* Vel ſi res per diviſionem uni addicta, evicta ſit. *l. 14. C. fam. erc.* Vel etiam ſi coheres contra voluntatem defuncti fecerit. *l. 18. §. 2. l. 20. §. 3. π. fam. erc.* hinc in his quieſcit actio fam. erc. Denique cum actio expilatæ hereditatis detur ſaltem contra extraneum & non coheredem *l. 1. ff. exp. hered.* & ſit ſaltem remedium extraordinarium & actio famoſa, quæ contra coheredes non inſtituenda, *Brunn. ad l. 3. C. fam. erc.* ab actione familiæ erciſc. planè diſtincta eſt. In tantum ut etiam ex iisdem rationibus cum alleg. *Brunnem. d. l.* vix dixisſem illam cum hâc actione fam. erc. ob evidentem dolum

Actione negotiorum geſtorum.

Mandati.

Præſcriptis verbis.

Expilatæ hereditatis.

con-

Digitized by Google

concurrere poſſe, quamvis non negaverim dari caſus in quibus hæ actiones non inconcinne concurrant. Qualis eſſe poſſet, ſi conventus actione fam. erciſc. neget ſe eſſe heredem, ſed alio titulo poſſidere hereditatem, ſtatim Actor ſuâ probatione confiſus in pœnam mendacii rectè actionem expilatæ hered. cum hac act. fam. erc. alternativè conjunget.

TH. VI.

Cauſa efficiens remota, Propinqua.

Cauſa efficiens actionis fam. erc. remota eſt Lex XII. Tab. quia enim nemo invitus in communione manere cogitur, *l. ult. C. comm. divid.* hæc actio pro illis qui à communione hereditatis diſcedere cupiunt prodita eſt. *l. 1. ff. fam. erc.* Cauſa efficiens propinqua eſt jus hereditarium, & ſimul hereditatis tàm aditio quàm communio. *l. 22. §. 4. ff. fam. erc. §. 20. Inſt. d. act. Struv. Exerc. XV. th. 3.*

TH. VII.

Cui detur & contra quos.

Patet ex definitione, quod detur hæc actio coheredibus, ubi nihil intereſt, ſive in Teſtamento directò inſtituti ſint, ſive ab Inteſtato ſuccedant. *l. 2. in pr. ff. fam. erc.* Quia hi omnes heredum nomine veniunt. Et neceſſe eſt, ut tam Actor, quam Reus heres ſit. Si enim Actor negetur heres? repellitur exceptione præjudiciali: Tu non es heres! Utpote quæ quæſtio priùs diſcutienda venit, quia antea de jure hereditario ſeu ſucceſſionis, quàm de diviſione aut reſtitutione rerum hereditariarum vel fructuum agendum. *Bart. in l. 1. ff. fam. erc. Tuſc. concl. 77. num. 2. in f. Zaſius in §. quædam I. de act. num. 8. Zanger. d. Except. part. 2. cap. 10. num. 4.* Diſtinguunt quidem JCti plerìque inter Actorem cum altero hereditatem poſſidentem, aut non poſſidentem, & quod hoc poſteriori caſu Actor planè excludatur ab hâc actione & prius petitione hereditatis agere debeat. Vid. *Struv. Exerc. 15. th. 5.* In tantum, ut *Ambroſ. Schurer. in tract. de heredit. Tit. 22. cap. 8. d. fam. erc. act.* etiam certas formulas pronunciandi tradat ſequenti modo: Interlocui, Im Fall / wann Beklagter allein die gantze Erbſchafft im Be-

ſitz

ſitz hat: Erkennen ꝛc. daß Klägern nach deſſen angeſtalten Klage ein Klag-Recht gebühret; wird derowegen Beklagter von dieſer Inſtantz und Gerichts-Stande mit Erſtattung der Expenſen/ doch auff vorhergehende Unſere Ermäßigung billich abſolviret/ immaſſen Wir ihn davon hiemit entbinden von Rechtswegen. E contra ſi in poſſesſione eſt Actor ſimul: ſprechen/ daß Kläger/ daß er Mit-Erbe ſeye/ zu beweiſen ſchüldig/ er thue ſolches in gebührlicher Friſt/ oder nicht/ ſo ergehet die Theilung oder ſonſt allenthalben ferner was recht iſt/ V. R. W. Tamen Praxis Judiciorum noſtrorum hanc diſtinctionem non ſemper obſervare videtur, ſed Actore agente actione familiæ erciſcundæ ſive poſſideat aliquid de hereditate, ſive nihil, quamprimum à Reo negetur heres, probatio Actori injungitur, & peracta probatione condemnatoria inſequitur; Quomodo ſpeciatim in caſu, quo Actor nihilquicquam poſſedit de hereditate, pronunciatum fuiſſe memini: Et quidem ad Conſultationem Facultatis Juridicæ Jenenſis: In Sachen Andreas Friederichs/ wegen ſeiner Frauen Magdalenen Olymans Klägerin/ an einem/ und Johann und Claus Gebrüdere Tegetmeyers und Conſ. beklagte/ am andern Theil; Erkennen Wir Churfl. Brandenb. zur Mindiſchen Regierung Verordn. Stadthalter/ Director und Räthe/ auff eingeholten Raht der Rechts-Gelahrten vor Recht; Weil Beklagte der angebrachten Klage nicht geſtändig/ ſo iſt Kläger den Grund ſeiner Klage und ſo viel ihn daran zuzuſtehen vermeinet/ binnen ſechs Wochen/ wie zu Recht erheblich/ zuerweiſen ſchüldig/ darwieder Beklagten ihr Gegen-beweiß und andere Rechtliche Nohtdurfft vorbehalten wird/ V. R. W. *Public.* Petershagen den *11. April. 1660.* Et porrò in eâdem causâ à Facultate Wittenbergenſi concepta ſententia: In Sachen Magdalenen Olymans Klägerinnen an einem/ entgegen und wieder Tegetmeyeriſche Erben und Conſ. Beklagte am andern Theil/ erkennen und ſprechen Churfürſtl. Brandenburg. Wir zur Mindiſchen Regierung verordnete Rähte auff eingehohlten Raht der Rechts-Gelahrten vor Recht; daß Klägerin/

das Jenige / ſo ihr zubeweiſen aufferlegt / und ſie ſich ange-
„ maſſet/zur Nothdurfft dargethan und erwieſen/dannenhero
„ Beklagte derſelben ihren an der Symanſchen Erbſchafft
„ zukommenden Antheil cum fructibus perceptis & percipien-
„ dis zu reſtituiren ſchüldig. V. R. W. *Publ.* Petershagen
den *17. Julii 1665.* Quæ ſententiâ à Facultate Juridicâ Erfur-
tenſi hunc in modum poſt interpoſitam ſupplicationem con-
firmata: Jn ſtreitiger Erbtheilungs-Sachen Tegetmeyer-
ſcher Erben und Conſ. Supplicanten und Beklagten an ei-
nem/ entgegen und wider Magdalenen Olymans auch An-
walden der Timmen Erben reſpectivè ſupplicantin und Klä-
gere am andern Theil; Sprechen Churfl. Brandenb. Wir
zur Mindiſchen Regierung verordnete Rähte auff einge-
hohlten Raht der Rechts-Gelahrten für recht: Daß es bey
dem am 1. Jul. Anno 1665. publicirten Urtheil eingewandter
Supplication ohngehindert / geſtalten Dingen nach / noch-
mals verbleibet/ und deswegen Beklagte Tegetmeyerſche
Erben nicht allein beſagter Magdalenen Olymans/ſondern
auch denen in Actis benandten mit Klagenden Timmen Er-
ben ihren an der Symanſchen Erbſchafft ihnen gleichmäſ-
ſig zukommenden Antheil cum fructibus perceptis & percipi-
endis völlig zu reſtituiren/ und dero Behuff / daß ſie von kei-
nen mehrern Gütern/ als was der N. Act. 112. befindliche O-
riginal Haubtheilungs-Receſs beſaget/ einige Wiſſenſchafft
haben/Eydlich zuerhalten ſchuldig/worauff ſo dann für Ge-
wiſſen hierzu anzuordnenden Commiſſariis ihre Foderungen
ſo wohl Klägere des Halbſcheides der ihnen gebührenden
quæſtionirten Erbſchafften/ ſamt daran gehobenen Nützun-
gen/ als Beklagte der darin verwandten Contributions und
Einquartirungs-Koſten halber liquid zumachen/auch dafern
ſich nach ſolcher zugelegten Rechnung befinden würde / daß
„ klagende Perſonen durch die nunmehr in Beſitz ha-
bende Tegetmeyerſche Güter zu viel bekommen möchten/
ſie ſolche übermaſſe Beklagten wiederum gut zu thun / und
von denen adjudicirten Stücken ihnen bey erfolgter Einrich-
tung

Digitized by Google

tung einer beſtändigen Erbtheilung abziehen zu laſſen/ wohl angehalten werden: Immittelſt ſind Beklagte zu dem anerbothenem Beweiß/ daß nehml. der eine Theil des groſſen Gartens zwiſchen denen Dörffern zu Symanſcher Erbſchaft nicht gehöre/ billich zuzulaſſen. V. R. W. *Publ.* Petershagen den *14. Jan. 1667.* Sin verò de Reo dubitetur, an heres ſit? Actor ſibi facilè præjudicium inferret, hâc actione tacitè confitendo Reum coheredem eſſe, cum tamen non ſit, quem errorem factâ ſemel diviſione corrigere non poſſet propter autoritatem rei judicatæ *l. 36. ff. fam. erc.* unde in dubio tutius aget, hereditatis petitionem inſtituendo.

Th. IIX.

Caſu verò ubi neque Actor neque reus negatur hæres, & nulla quæſtio ſtatus ſubeſt, inſuper quisque provocat ad diviſionem, videndum, an ſimul, aut quis prius provocaverit? ſi ſimul uterque provocet, ſorte res dirimenda, quis judicii ordinandi cauſa habendus pro Actore vel Reo. *l. 14. ff. de jud. & ubi quisque ag. vel conv. deb.* Aliàs is pro Actore habetur, qui prius ad judicium provocat. *l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. 13. ff. de jud. & ubi quisque &c.* Quamvis unusquisque heredum in hâc actione & rei & actoris partes certo modo ſuſtineat. *l. 2. §. 3. l. 44. §. 4. ff. fam. erc. l. 2. l. 3. C. eod.* & nullius partes neque ab initio, neque in progreſſu cauſæ, exinde favorabiliores redduntur; Præprimis cum quilibet in hoc judicio, ſive Actor, ſive Reus teneatur ad indicandum juratò percepta & bonorum quantitatem. *Mevius part. 6. decis. 408.* Neſcio E. quare Sichardus *in pr. C. fam. erc. n. 6.* onus probandi in hoc judicio ſimpliciter Actori adſcribat. An autem Coheredum heredibus ſive Nepotibus eorum, ſi agunt hâc actione fam. erc. nullâ repertâ ſpecificatione bonorum hereditariorum contra coheredum coheredes, præſertim, ſi fuerint illi poſt aditam hereditatem nati, hoc juramentum patefactionis licitè injungi poſſit? Meritò dubitatur

Eſt judicium duplex.

tur, tum ob juſtam eorum ignorantiam, tum &, quod nullum juramentum credulatis ſit plena probatio.

Th. IX.

Res in hoc judicium venientes.

Veniunt autem in hoc judicium omnia bona quæ vel actione in perſonam, vel petione in rem, vel officio judicis Coheredibus debentur. In quibus numerandi (1.) Fructus à b. f. poſſeſſore tàm extantes, quàm conſumpti. *l. 9. C. fam. erc. & l. 20. §. 3. ff. de petit. hered.* Nec obſtare *l. 44. §. 3. fam. erc. Brunneman... ad l. 9. C. fam. erc. n. 11. & 12. & 13.* evincit. (2.) Theſaurus in fundo communi ab uno heredum effoſſus. *l. 22. in pr. fam. erc.* (3.) Fundus in quo reliquiæ Majorum ſunt conditæ. *l. 30. d. t.* (4.) Res, quas cum defuncto rraditæ eſſent, heredes uſuceperunt, & quæ heredibus traditæ ſunt, cum defunctus emiſſet. *l. 9. d. t.* (5.) Res coheredibus, communi dividundo judicio ab extraneo adjudicatæ. *l. 52. in pr. d. t.* (6.) Res communes, quas unus ex heredibus, cœteris non conſcientibus tenet tanquam ſuas cum posſidenti omnis verus titulus ſingularis deficiat. *l. 22. C. fam. erc.* (7.) Dos pro filia, vel donatio propter nuptias pro filio data & ad patrem reverſa, modò liberi ſint heredes & cœteri nihil præcipuum habeant. *l. ult. C. comm. utriusque jud.* (8.) Prædia paterna, quæ filio familias in caſtra eunti donata *l. 4. C. fam. erc.* (9.) Animalia feræ naturæ donec animum revertendi habent, ut columbæ, apes, pavones. *l. 8. §. 1. & 2. ff. fam. erc. §. 15. I. de R. D.* (10.) Servi, quos Teſtator in perpetuis vinculis eſſe, vel exportare quidem juſſit, adſint tamen argumenta mutatæ voluntatis. *l. 5. C. fam. erc.* (11.) Animalia à Lupo, aliâvè beſtiâ nobis erepta adhuc extantia, quia quamdiu non fuerint conſumpta & deperdita noſtra manent. *l. 8. §. 2. ff. fam. erc.* (12.) Res litigioſæ *l. ult. §. 1. in fine C. de litig.* (13.) Res ſervo hereditario datæ ab extraneo. *l. 12. §. 1. ff. fam. erc.* (14.) Prædia vectigalia, ſuperficiria, res alienæ, quas defunctus bonâ fide poſſedit. *l. 10. ff. fam. erc.* (15.) Res poſt diviſionem

nem

Digitized by Google

nem ex communi dividundo judicio factam, ex hereditate adhuc communes *l. 44. pr. ff. fam. erc.* (16.) Res quas alluvio adjecit. *l. 16. §. 3. ff. fam. erc. l. 7. §. 1. π. d. A. R. D.* (17.) Res, quas Pater non diviſit, neque in unum liberorum in genere contulit, & quæ ex Patris diviſione res datas non ſequuntur. *l. 32. ff. fam. erc.* (18.) Pretium redemtionis à patibulo ſive quod Pater pro filii delicto exſolvit. *Struv. Exerc. XXXVII. th. 28. inf. Cruſ. in not. ad art. 5. Jur. Stat. Mind. Tit. de Succeſſ. ab Inteſt.* (19.) Honorarium, quod pro obtinendis præbendis & beneficiis Eccleſiaſticis in terris Proteſtantium ſolutum, item, quod ex eorum proventibus ſupereſt, ſimiliter collationi conſequenter diviſioni ſubjacere docet *Struv. Exerc. XXXVII. th. 31.* (20.) Fructus de bonis filii adventiis, in quibus caſibus & partibus Pater habuit uſumfructum, à Patre perceptos & adhuc extantes, manente dominio penes liberos, quibus obvenêre. *Struv. d. Ex. th. 32.*

TH. X.

Non venientes.

Excluduntur autem ab hâc actione (1.) bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia liberorum. *l. 4. C. fam. erc. l. 3. in fin. C. d. Caſt. pec. l. 12. C. de collat.* Illis annumerantur equi & arma omnesque res mobilis aut ſeſe moventes filiofam. militatum abeunti datæ *d. l. 4.* Porro his, non ſolum comprehenduntur, quæ filius ex artibus liberalibus & functionibus publicis acquirit, ſed etiam ea, quæ occaſione iſtius militiæ togatæ ad ipſum pervenerunt; *arg. l. 11. it. l. 15. §. 1. & §. 2. inf. ff. d. caſtrenſ. pec. l. un. C. d. Caſtr. palat. pec. l. 7. C. d. Aſſeſſ. & dom. & canc. jud.* item quæ ad diſcendas artes & dignitates impenduntur, ut ſunt ſumptus, quos filius ſtudiorum causâ accepit & utiliter impendit, item impenſæ Doctoratûs, ad quas veniunt & libri in hunc uſum emti. *l. 1. C. de Caſtr. pecul. mil. & præf. l. 50. fam. erc. l. un. C. d. peric. ſucc. parent. l. 3. §. f. ff. de muner. & honor. l. 2. pr. & l. 21. §. 3. ff. ad munic. l. 20. §. ff. fam. erc.* Et non refert, utrum ſumptus à Patre ſolummodo vel à Matre erogati, *arg. l. 11. C. d. neg. geſt. vid. Carpz.*

Digitized by Google

p. 3. C. 11. def. 17. n. 3. imò licet fratres de comuni hereditate uni fratri ſubminiſtraverint, vid. *Struv. Ex. XXXVII. th. 29. & 30. Brunem. ad l. 4. C. fam. erc. n. 1. & 8.* Au autem per ſolam annotationem ſumptuum à Patre factam ſine declaratione recuperandi Filius obligetur ad conferendum? Nego *arg. d. l. 50. ff. fam. erciſc. & ex rationibus a Dno Finckelthauſ. in obſ. ſing. XI.* adductis. Si verò collationem Pater voluerit, vel filius inutilitèr, aut in alium uſum converterit detrahendi tamen ſunt ſumptus, quos domi Pater pro facultatibus & dignitate familiæ in filium alioquin impenſurus fuiſſet. *Struv. d. Ex. th. 30. Cruſ. in not. ad art. 10. Jur. ſtat. Mind. Tit. d. Teſtam.* (2.) ſumptus in liberorum nuptias erogati: In quibus tamen Patris conſignationem & eorundem æſtimationem loco dotis ſufficere exiſtimo, ut conferantur, non obſtante eo quod de annotatione ſumtuum ſtudiorum jamjam dictum, favor enim ſtudiorum favorem dotis quodammodo ſuperat, *Finckelth. obſ. 66. per tot.* Si vero nihil lucri ex nuptialibus donis, (Hochzeits-Geſchencken) ad liberos pervenit, non obſtante annotatione, nihil conferent; vid. *Brunnem. ad l. 2. ff. d. Collat.* (3.) Pretium redemptionis ab hoſte. *l. 17. C. de poſtl. reverſ.* (4.) loca religioſa *l. 30. ff. fam. erc.* (5.) Liberti. *l. 41. d. t. l. ult. π. d. jur. patr.* (6.) Collationi vel diviſioni non ſubjacet, quod liberis pro præcipuo datum. *l. 18. C. fam. erc.* (7.) vel donatum eſt ob bene merita. *arg. l. 10. C. d. collat. Gail. lib. 1. obſ. 38.* (8.) Quod uni vel alteri privativè competit, hinc dos mariti patri numerata præcipienda per maritum, ſi defunctus pater eam in ſuos uſus convertit, *l. 2. C. fam. erc.* (9.) Res, quæ inter heredes deſiit eſſe communis, veluti, quia unus ex heredibus partem ſuam certæ cujusdam rei ex hereditate ſibi competentem alienavit, quo caſu non ſolum pars alienata, ſed etiam non alienata in hoc judicium non deducitur *l. 54. ff. fam. erc. add. l. 12. §. ult. l. 13. eod. l. 9. C. com. utr.* ſimiliter (10.) Nec pretium rei hereditariæ, quam heres, tanquam

com-

communem vendidit familiæ erciſcundæ actione rectè exigi, videtur dicendum per *l. 20. C. fam. erc.* interim & hanc actionem cum aliis in *d. l. 20.* enarratis electivè concurrere verius eſt. ex *l. 44. §. 2. ff. fam. erc. item Godofr. in notis ad d. l. 20.* Inſuper (II.) Nomina in hoc judicium fam. erc. non venire tradunt; ex *l. 2. §. 5. l. 4. pr. ff. fam. erc.* quia ipſo jure ſunt diviſa *l. 6. C. eod.* ſæpius tamen ad inſtitutam actionem familiæ erciſcundæ, etiam certa diviſio nominum in ſententiis decernitur, imò, & ratione venditarum rerum nullâ expectatâ vel reſervata actione negotiorum geſtorum, vel communi dividundo; Aut collatio pretii venditoribus earum injungitur, aut vindicatio earundem ab emptoribus aut poſſeſſoribus unâ eâdemque ſententiâ Actori reſervatur: Quale exemplum in actis ſupra à me allegatis ſimiliter reperitur & hic videre licet: In Erbſchaffts Sachen Magdalenen Olymans und Anwald der Timmen Erben/ Klägere an einem / entgegen und wider die Tegetmeyerſche Erben und Conſ. beklagte / andern Theils; Erkennen und ſprechen Wir Churfürſtl. Brandenburg. zur Fürſtlichen Mindiſchen Regierung verordnete Cantzlar und Rähte nach fleißiger und gnugſamer Erwegung/ was ſo wohl Schrifft- als Mündlich an- und vorgebracht/ für Recht: Das die fructus percepti & percipiendi gegen abgetragene Onera zu compenſiren / und der halbe Theil der Erbſchafft auff 600. Thl. anzuſchlagen / auch Beklagte ſchüldig zu erklären ſeyn/ dieſelbe Klägern inwendig/Sächſiſcher Friſt (abgezogen/was Sie Klägere allbereits darauff erlanget) zu bezahlen/ wolten aber Beklagte einige aus der Erbſchafft herrührende unbewegliche Güter Klägern in ſolutum anweiſen/ſeynd Sie dieſelbe pro „
æſtimato. Wieweniger auch nicht die noch unbezahlte „
nomina zur Halbſcheid anzunehmen ſchüldig: Wie wir dann alſo reſpectivè compenſiren / auch Klägere und Beklagte ſchüldig erklären/ und die auffgelauffene Koſten ge- „
gen einander auffheben/ V. R. W. Da aber Klägere ge- „
gen die Poſſeſſores particulares der zur Erbſchafft gehörigen

Güter

„ Güter competentem actionem lieber inſtituiren/und von vie-
„ len vindiciren wollen/daß obige Summa erfüllet würde/bleibt
„ Ihnen ſolches unbenommen. *Publ.* Petershagen/ den 24.
Jan. 1668. Aliud exemplum pronunciandi, ſine reſpectu, utrum Actor poſſideat, vel non ? item de dividendis nominibus, & edendo inventario aut juratâ ſpecificatione bonorum, imò etſi duæ hereditates obveniant, nimirum ſi unus coheredum quoque abſque liberis deceſſerit, ſucceſſio, collatio & diviſio unâ ſententiâ determinata ſit; ſequens ſententia à Dno. Dde. Henrico Screibero JCto Eximio, Com. Pal. Cæſ. Conſiliario quondam Reg. Suec. Maj. meritiſſimo, item Conſule Mindenſi per plurimos annos Graviſſimo, Cognato meo piè defuncto; eſſe poterit: In Erbtheilungs Sachen Johann Wittemeyers und Lorentz Hopmans als ehlichen Vormunds ſeiner Frauen Margarethen Wittemeyers Kläger an einen/ entgegen und wider Gerdt Drögen aliàs genandt Wittemeyer Beklagten/an andern Theil/iſt die Sache auf beyder Theile beſchehene Submiſſiones für beſchloſſen angenommen/ und ferner mit Zuziehung endsbemeldten Ohnpartheyſchen Rechts-Gelehrten/ nach reifflicher Erwegung aller hinc inde ergangener Acten und Protocolle/ von mir Churfürſtl. Brandenburg. Droſten des Amts Petershagen Fürſtenthums Minden zu Recht erkandt/ daß der Kläger angeſtalte actio zu Recht ſattſam fundiret/hingegen Beklagter ſeine vorgeſchützte Exceptiones nicht erwieſen/ dan-
„ nenhero die von weyl. ſehl. Reinken Wittemeyer nachge-
„ laſſene Erbſchafft aller Mobilien und Immobilien/ item nominum, jurium & actionum wann zuforderſt von Beklagtene ein Inventarium oder Eydliche Specificatio bonorum, wie dieſelbe in Zeit des letzt Verſtorbenen Parentis in qualitate & quantitate beſchaffen geweſen/ intra terminum von 14. Tagen/ ſo Ihme hiemit ex officio angeſetzet ſeyn ſollen/ ad acta vorgebracht/ unter die ſämtliche Erben in abſteigender Li-
„ nien/ jedoch collatis conferendis, was ein oder ander zu Ehelicher Ausſteur vorhero erhoben/ als auch was des abgelebten

lebten ſehl. Reincken Wittemeyers ausgeſteuerte Tochter / „
weyl. Johann Schlenſeckers Wittib/nach Ihrem Tode an „
zeitlichen Gütern verlaſſen / unter den nechſten Anverwand- „
ten ex lineâ collaterali in ſtirpes zu dividiren/ und alſo Be-
klagter ſchüldig ſeye / Klägern aus beyden Erbſchafften Ih-
me züſtehende erbliche Antheile cum fructibus perceptis aus-
zuantworten und zu reſtituiren / wie wir dann ſothane divi-
ſion obgedachter maſſen hiemit erkennen/ und dem Beklag-
ten die reſtitution aufferlegen. V. R. W. (12.) Non con-
feruntur à liberis patri ſuccedentibus bona adventitia, nimi-
rum quæ aliundè, quàm ab aſcendente, cui ſucceditur, liberis
obvenêre, Matri verò ſuccedentes non conferunt profectitia
in ſpecie ſic dicta & illa adventitia, quæ non à Matre ſed aliun-
de provenêre, ut ex laboribus filii. *l. 6. C. de bonis quæ liberis in
poteſt & Dd. ibid. Struv. Exerc. XXXVII. th. 32. & th. ſeq. 33.*
ubi duas cautelas pro filio ſuccedente notat, quod ſi ex re a-
ſcendentis & opificio ſuo filius quid acquiſiverit teneatur hoc
conferre pro ratâ ſcil. rei ab aſcendente profectæ, partim non
conferre ſecundum proportionem artificii ſeu operæ à filiò
additæ, vel ſi ſalptarius ipſi videatur, præcipuum à Coheredi-
bus fratribus loco ſalarii petere poſſit; conferatur & *Coppen.
deciſ. 49.* (13.) Neque legata & fideicommiſſa à Patre reli-
cta, neque donatio m. c. collationi & diviſioni ſubjacent.
Struv. d. Ex. th. 34. (14.) Nec ea quæ defunctus hæredi de-
buit. *l. 20. §. 1. ff. fam. erc.* (15.) Item feuda majora, dignita-
tem annexam habentia, ut ſunt Electoratus, Ducatus, Marchio-
natus, Comitatus & Baronatus ſunt indiviſibilia, *Aurea Bulla
Carol. V. Tit. 24. vid. 1. feud. 13. in fin. de alien. feud. Andre.
Iſern. in uſus feud. ad d. cap. n. 7. Roſenth. de feud. c. 2. concl. 82.*
Et quamvis contrariâ conſvetudine, diviſionem in nonnullis
familiis admittant: tamen recte diviſio hujusmodi feudorum
regalem dignitatem annexam habentium per caput familiæ
abrogatur. (16.) Tum & jure Saxonico ac Mindenſi nec filii
res expeditorias, nec filiæ geradam tenentur conferre, quia ge-

rada & res expeditionis non jure hereditario, ut heredi, ſed potius familiæ ratione & jure cognationis & reſpectivè agnationis tanquam lucrum adventitium deferuntur. *Matth. Coler. p. 1. deciſ. 12. n. 58. Cruſ. ad art. 7. Jur. ſtat. Mind. Tit. de rebus expeditoriis & utenſilibus.*

TH. XI.

Removendæ.

Planè verò removenda eſſe contendunt omnes DD. mala medicamenta & venena *ex l. 4. §. 1. ff. fam. erc.* cum quibus conſentio, niſi pharmacopolium in hoc judicium veniat & de hujus æſtimatione agatur, ibi enim venena in bonum uſum aſſervantur. vid. *l. 236. d. V. S.* Libri vero improbatæ lectionis, magici fortè vel ſimiles, plane comburendi ſunt, & quidem ſub pœnâ confiſcationis bonorum, ut à nemine in poſterum habeantur, legantur, & deſcribantur *d. l. 4. §. 1. ff. fam. erc. & l. 6. C. de Heret. & Manich.* Quia culpâ non caret, qui ſcit, ſed prohibere poteſt. *arg. l. 50. ff. d. R. I.* & refertur hæc patientia aut ſaltem negligentia inter modos communicandi peccata aliena, qui his verſiculis continentur:

Juſſio, Conſilium, Conſenſus, palpo, recurſus.
Participans, mutus, non obſtans, non manifeſtans.

Similiter res, quas defunctus ex peculatu vel ex ſacrilegio acquiſivit, vel vi, aut latrocinio aut adgreſſurâ ad eum pervenerunt, non dividendæ *d. l. 4. §. 2.* ſed domino ſi de eo conſtet, reſtituendæ, *arg. l. 31. §. 1. ff. depoſ.*

TH. XII.

Et adjudicandæ.

E contra nec dividendæ, nec removendæ veniunt in judicio fam. erc. ſed adjudicandæ res, quæ diviſionem non recipiunt, veluti ſunt jura incorporalia, ut jurisdictio, jus patronatus item piſcandi & venandi, quæ optimè alternis temporibus uſurpanda adjudicantur. *Struv. Ex. XV. theſ. 8.* quæ alternatio germanicè die Mutſchierung quaſi Mutitung à mutando appellatur. *Stryk. in caut. contr. ſect. 3. cap. 4. §. 11.* Tum & ſervitutes reales *l. 25. §. 9. & 10. fam. erc.*

item

item res ſub conditione legatæ, quæ interim heredum ſunt & adjudicari poſſunt cum ſuâ causâ; item ſtatu liber, qui interim etiam heredum eſt & conditione exiſtente ad libertatem pervenit *l. 12. §. 2. ff. fam. erc.* eodem modo adjudicari poteſt res quæ eſt apud hoſtes, propter ſpem poſtliminii, cum cautione tamen & æſtimatione quia poteſt non reverti *l. 22. §. fin. l. 23. π. fam. erc.* Inſtrumenta vero hereditaria authentica, communem cauſam continentia, cum diviſionem non recipiant uni ex heredibus, qui aut ætate aut dignitate aut ſexu, aut conditione alios antecellit, cuſtodienda rectè committuntur *l. ult. ff. de fid. Inſtrum. Coppen. p. 1. dec. 7. per tot.* addita tamen cautione ab illo penes quem deponuntur, ſe originalia coheredibus, quotiès opus fuerit ad datas reverſales de reſtituendis illis finito uſu, extraditurum. *Stryk. in caut. d. ſect. &c. §. 13.* Tandem annumero his, quæ defuncto oppignoratæ ſunt. *l. 29. ff. fam. erc.*

TH. XIII.

Cœterum ratione harum rerum, quæ uni vel alteri heredum ex inſtitutâ diviſione obveniunt, alteri alter evictionem præſtare tenetur. *l. 25. §. penult. ff. fam. erc.* Quæ evictio præſtanda, vel ſi à Judice diviſio rerum hereditariarum facta, *per l. 14. C. fam. erc.* vel heredes privata conventione abſque judice res hereditarias diviſerunt. Et licet in inſtrumento, diviſionis de præſtandâ evictione ſibi nihil expreſsè caverint, quia hæc ipſa diviſio vim emptionis & venditionis habet, & propterea ſuâ naturâ, negotio diviſionis, præſtatio evictionis adjuncta eſt. *l. 1. C. com. utr.* quicquid & in contrarium ſtatuat. *Carpz. p. 3. conſt. 14. def. 19. n. 7.* ſi verò à Teſtatore vel defuncto diviſio facta eſſet, ceſſat illa mutua conventio diviſionis prædiorum, quæ vicem emtionis & permutationis obtinet, & ſic quoque evictionis prœſtatio, quia diviſio à Teſtatore facta ſe inſtar prælegati habet, *Sichard. ad l. 14. C. fam. erc. n. 3. Brunnem. ſimiliter ad h. l. n. 8. & 9. fruſtra diſſentientibus Zæſ. & Bach. ad Treutt. vol. 1. Diſp. 19. th. 12. Lit. D.*

Evictio præſtanda.

Digitized by Google

Th. XIV.

Diviſio quomodo cautè inſtituenda.

Circa diviſionem ipſam qnoque ſit attentus Actor, ut omnes res hereditariæ ad hoc judicium trahantur, cui tum inſerviunt (1.) inventarium ritè confectum & ſimul (2.) ratione conferendorum, imò ob neglectum inventarium, cujuslibet heredum jurata ſpecificatio, vel (3.) alia documenta literaria. Nomina ſi occnrrant, activa à paſſivis ſeparanda. Illa aut uni aſſignari, ita; ut cœteri coheredes jura ſua cedant, aut cuipiam, præprimis ſi de bonitate eorum dubitetur, exactiones horum committi poſſunt, quod tàm in inſtrumento diviſionis, quàm ſimul in quâdam ſchedulâ ad legitimationem Mandatarii aut ceſſionarii, ne propalentur omnes res hereditariæ faciendum. Horum vero ſc. paſſivorum ſolutio, meliùs quoque uni coheredi injungitur, quàm ut omnes deſuper inquietentur, ita tamen, ut cum aſſignatione æquivalentis & indictione mulctæ iſte confeſtim quemlibet heredem conventum ab actione quovis locorum inſtitutâ liberet. Quale pactum cum omninò ſit validum & tam citra læſionem heredis quàm creditorum ſubſiſtere poſſit, cum Illnſtri Dno Stryk. *in Caut. Cont. ſect. 3. c. 4. n. 6.* in mirationem ducor, quare Mevius, Brunnemannus, Carpzovius & alii tam Magni JCti præprimis & contra expreſſum textum *l. unic. C. ut actiones & ab her. & cont. hered. incipiant.* defuncto poteſtatem hanc per pactum obligandi heredes in ſolidum denegent. Poſtmodum actor ſit ſollicitus ut quælibet res quæ commodam diviſionem non admittit, ſecundum verum valorem æſtimetur, quæ vera æſtimatio fundi & cujuscunque rei inter coheredes fratres & ſorores, non tam ex valore impenſarum quam ex reditibus & fructibus accipitur. *Hier. Cævall. in ſp. aur. op. com. cont. com. quæſt. 780. n. 17.* Ita, ut ſi domus magni ſit valoris & parvi fructus, non debeat æſtimari ex valore ædificii. ſed ex reditu *Joſeph. Lud. dec. 65. n. 11. Mevius p. 1. dec. 31.* factâ æſtimatione heredibus circa æſtimatum adhuc diſcrepantibus, non devenien-

dum

Digitized by Google

dum ad ſubhaſtationem publicam. utpote quæ in fam. erc. judicio plane exulat, ex rationibus à Dn. Carpz. *in dec. 274. Illuſtr. Dec. Sax.* allegatis, quicquid & in contrarium paſſim alii DD. ſtatuant; ſed ad licitationem privatam aut taxationem judicialem aut remedium alternationis, ut ſc. uſusfructus rei, alternis annis adjudicetur, aut remedium ſortis deveniendum. *Gail. lib. 2. obſ. 116. n. 12. Coppen deciſ. 31. n. 6. Mevius ad jus Lub. p. 3. Tit. 13. art. 1. n. 8. 9. & ſeqq. Stryk. in caut. contr. ſect. 3. c. 4. §. 11. & 12.* Item jure ſaxonico & ſtatutario Mindenſi, ſi inter duos heredes quæſtio ſubſit, per diviſionem a Majore natu, (ſecus à fratre etiam minore) factam, & electionem à minore vel ſorore, quisque ſe communione ſubtrahet. *Carpz. part. 3. conſt. 15. def. 36. art. 23. Jur. Stat. Mind. de ſucceſſ. ab inteſt. & Cruſ. ſpec. dec. 3. ad h. T.* Jure canonico reprobatur quidem judicium ſortis *c. aliquanti C. ſortes 26. quæſt. 5.* in quam ſententiam quoque ivêre plurimi JCti ſed nihil habet iniquitatis, neque legitimè quis ſuper læſione exinde conqueri poteſt, qui contra inæqualitatem ante ſortis tractionem excipere potuiſſet. Tum & ſæpius malevoli coheredes inſtant, ut propter unius minimam portionem fundus per ſulcos quaſi dividatur, quibus rectè opponitur ab Actore *l. 2. C. quando & quibus quarta pars debet ex bon. Dec.* quem textum propterea & notandum dicit *Gloſſ. ibid.* Hinc commodam diviſionem non nomino, ſi in hereditate fortè repertum fuerit unum jugerum vulgò ein Morgenland: aut quidam hortulus, & commiſſarius referat has particulas dividi poſſe, ſed abſurdam & abuſivam. Inſuper ſcimus ſœpiſſimè contingere, quod defunctus etiam relinquat bona extra territorium ſita ad removendam & circa hæc omnem dubitationem, quo jure, (ſcilicet ſi in loco bonorum repertorum diverſa jura vigeant) illa dividenda ſint: Diſtinguendum, an mobilia vel immobilia ſint? illa ſecundum jura loci, ubi defunctus vixit & mortuus eſt, hæc verò

ſecundum jura ubi ſita ſunt ab heredibus quocunque loco viventibus, dividenda ſunt. *Coppen. deciſ. 31. per tot.*

T H. XV.

Actio quando inſtituenda?

Nata hæc actio liberis quam primum Pater vel Mater utrinque fato functi ſunt, vel etiam uno Conjuge ſolum defuncto, reſpectu bonorum a perſona defuncta relictorum, jure verò ſtatutario Mindenſi, uno conjuge mortuo, ſuperſtes quidem retinet omnia bona, tamen ipſi liberum eſt, dividere ea cum liberis, ſed ſi ad ſecunda vota tranſit, omninò neceſſe habet, ut Tutores nominet & bona ex æquis partibus cum liberis prævio juramento patefactionibus dividat *art. 16. & 17. Jur. Stat. Mind. de Succ. ab inteſt.* ſin autem diviſione ſemel facta ſuperſtitis parentis avi vel aviæ hereditas obveniat, quin denuò Nepotes cum Patre vel Matre ad judicium fam. erc. provocare poſſint negandum non videtur; ſecus ſi ratione præmortui parentis avita ſucceſſio obveniat, qaam ſolis liberis relinquendam non dubito.

T H. XVI.

An præſcriptione ſublato?

Durat præterea hæc actio familiæ erciſcundæ etiam poſt 30. annos; ita ut nec pactum quo forte conventum, ne a communione diſcedatur, ullas vires habeat *l. 70. ff. pro ſocio Bart. in l. 1. C. de ann. exc. Zaſ. ad §. quædam Inſt. de act. n. 16. Brunnem. ad l. 22. C. fam. erc. n. 14. Mevius ad jus Lub. p. 3. Tit. 13. Art. 1. n. 7.* Excipio tamen caſus (1.) ſi intra triginta annòs nulla liquidatio inter coheredes facta, quisque partem hereditariam, tanquam pro ſua juſta portione poſſederit, vel ſimulac bona in Cataſtro ſeparatim conſcripta ſint *Zaſ. ad d. §. n. 14.* tum diviſio facta præſumitur. *Menoch. lib. 3. præſ. 60. per tot.* Si vero quis minus portionis hereditatis aliquamdiu poſſederit, non propterea cenſetur jus ſuum remiſiſſe. *Maſcard. de prob. concl. 526. n. 9.* ſed ſaltem potius commodioris uſus, quam diviſionis gratia heredes poſſediſſe præſumitur. *Mar. Diurba in conſuet. ſenat. Meſſan. c. 1. gloſſ. 9. part. 1. n. 6.* (2.) Si poſt diviſionem provocatam, neglegerint partes pxo ſequi

ſequi cauſam 30. annis, omninò actioni præſcribitur. *Zaſ. d. l. num. 15.*

Th. XVII.

Reſtat ut videamus de remediis contra ſemel factam diviſionem, & an illa ex aliquâ causâ reſcindi poſſit? Reſpondeo cum diſtinctione, aut diviſio facta præcedente ſententiâ & judiciali inſecutâ ſeparatione, aut extrajudicialiter? Illo caſu neque cum DD. ſimpliciter affirmantibus neque negantibus affirmare aut negare poſſum, ſed iterum diſtinguo: Aut cum herede putativo facta diviſio aut aliàs quis ſe enormiſſimè læſum eſſe dicit? Cum putativo herede ſi actum? Aut ſententia executioni jam mandata, aut non? Hoc caſu in ipsâ executione rectè putativo heredi, exceptio falſitatis, erroris & per falſam cauſam latæ ſententiæ, utpote quæ in ipsâ executione locum habet, opponitur *Zang. de Except. p. 3. c. 26. num. 74.* Illo caſu, videndum quâ ratione verus heres inductus fuerit putativum heredem pro vero agnoſcere? ſi apparet, per dolum & calumniam ipſius putativi coheredis factum fuiſſe, validè diviſionem per probationem doli retractet. *Brunnem. ad l. 22. C. fam. erc. n. 12.* Sin autem ſuâ culpâ in actis adverſarium coheredem nominaverit & quod hereditas quæſtionis iis obvenerit confeſſus fuerit, meritò excluditur ab omni repetitione, & rei judicatæ ſtatur, ſive Actor fuerit, ſive Reus, poſſeſſor aut non poſſeſſor. Quamvis & *Oldendorp. de act. cl. 5. act. 8. fam. erc. art. 5.* dicat poſſe reum conventum ſi admiſerit diviſionem etiam neglectâ in actis exceptione præjudiciali: Tu non es heres! contra actorem jamdum poſſidentem, poſtea agere petitione hereditatis, ad repetendam, reliquam hereditatis partem. Verùm cum obſtet Reo Actoris in libello facta & ab ipſo acceptata confeſſio & deſuper lata ſententia, rectius puto, quod juſtè repellatur exceptione rei judicatæ, quia & ab ipſo alii LL. contra rem judicatam illam opinionem non admittunt. Caſu, ſi aliàs quis enormiſſimè læſus ſit, videndum quâ occaſione læſio contigit: Si quædam

Quæ deniq; dantur remedia læſo?

rei

res ex diviſione neglectæ vel ſubtractæ? ſalvâ manente re judicatâ res indiviſa manſa actione communi dividundo, obtinebitur. *l. 20. §. 4. π. fam. erciſc. Ruland. d. Comm. & comm. p. 3. lib. 6. c 6. n. 5. Habn. ad Weſ. Tit. fam. erc. n. 7.* Quod & in non habitâ ratione conferendarum, & deducendarum meliorationum ſeu expenſarum, tanquam rebus ſingularibus locum habere exiſtimo. Sin verò aliàs quis ſe enormiſſimè læſum eſſe dicit, & neque uno ex ſupra th. 5. memoratis affinibus remediis juvari poteſt, niſi dolo coheredis læſio contigit, non auditur. Quia nulla ſententia ne quidem prætextu planè indebiti retractatur. *l. 1. C. d. condict. in d. & l. 36. ff. fam. erc.* Extrajudicialiter ſi facta? Aut deſuper transactum aut non: Illo caſu idem eſt judicium, ac ſi res judicata obſtet, nam ſententia & transactio in his conveniunt. *Everh. à Middelb. in loc. top. leg. loc. 41. num. 1.* Si non transactum? Extrajudicialis ſimplex diviſio non impedit, quo minus poſtea hâc actione fam. erc. experiri poſſim. *Vinc. Carocc. in repet. l. 9. ſi emancipati C. de Collat. n. 151. Brunnem. ad l. 1. C. fam. erc. num. 8.* In tantum ut etiam qualiſcunque captio ſufficiat, quia propter præciſam æqualitatem in diviſione obſervandam, quæ etenim pro juſtitiâ iſtius negotii requiritur, ſufficit qualis, qualis læſio ad hoc ut diviſio de integro fiat, imò in tantum, etiamſi dividentes promiſerint ſe nunquam velle diviſionem reſcindere. *JCti Marp. vol. 1. Conſ. 22. num. 53. th. 54. JCti Arg. vol. 1. Conſ. 66. num. 20. Car. Molinæ. tr de Uſuris num. 585.*

T A N T U M!

Digitized by Google